

Pubblicato il 20/02/2020

N. 00147/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00923/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 923 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Cr Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luciano e Gianluca Pennacchio, con domicilio digitale corrispondente alla PEC indicata negli scritti difensivi, e domicilio fisico *ex lege* presso la Segreteria della Sezione in Brescia, Via Zima n. 3;

contro

Comune di Castelvovati, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv.to Mauro Ballerini, con domicilio digitale corrispondente alla PEC indicata negli scritti difensivi, e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Brescia, Viale della Stazione n. 37;

per l'annullamento

Ricorso introduttivo

- DELLA NOTA DEL RESPONSABILE DELL'AREA TECNICA DEL
22/11/2019, CHE DICHIARA L'INEFFICACIA

DELL'AGGIUDICAZIONE E ADDEBITA LA MANCATA SOTTOSCRIZIONE DEL CONTRATTO AL FATTO E ALLA COLPA DELL'APPALTATORE;

- DELLA NOTA COMUNALE 19/11/2019, CHE CONTESTA LA DICHIARAZIONE DI SCIOGLIMENTO DEL VINCOLO DI GARA EX ART. 32 COMMA 8 DEL D. LGS. 50/2016 E INVITA LA RICORRENTE A SOTTOSCRIVERE IL CONTRATTO;

- DELLA NOTA 13/12/2019, CHE DISPONE IN VIA CONSEQUENZIALE L'INCAMERAMENTO DELLA CAUZIONE PRESTATATA, CON RICHIESTA ALLA COMPAGNIA DI VERSARE IL SALDO;

- DI TUTTI GLI ATTI PREORDINATI, CONNESSI E CONSEQUENZIALI.

Motivi aggiunti

- DELLA DETERMINAZIONE 29/11/2019 N. 376, RECANTE LA CONTABILIZZAZIONE DELLE OPERE ESEGUITE IN ESITO ALLA CONSEGNA ANTICIPATA DEI LAVORI;

e per l'accertamento

- DEL DIRITTO AL RIMBORSO DELLE SPESE SOSTENUTE PER L'ESPLETAMENTO DELLA GARA E L'ESECUZIONE DEI LAVORI (ANCHE NELL'IPOTESI SUBORDINATA DI MANCATO ACCOGLIMENTO DEL RICORSO).

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Castelcovati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 febbraio 2020 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A. Con bando del 3/6/2019 il Comune intimato indiceva una gara per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione della palestra della scuola elementare per l'adeguamento sismico, il risanamento energetico e igienico sanitario, e per la riqualificazione energetica dell'intero plesso. Con determinazione n. 206 del 26/6/2019, l'appalto veniva aggiudicato alla ricorrente.

B. Sostiene quest'ultima che il 12/7/2019 la stazione appaltante disponeva la consegna dei lavori in via d'urgenza *ex art. 32 comma 8 del D. Lgs. 50/2016*, e che dopo l'espletamento delle verifiche con esito positivo l'aggiudicazione diveniva efficace. Puntualizza l'esponente che il contratto non veniva stipulato entro i 60 giorni dalla propria nota (a mezzo *pec*) del 15/7/2019, recante l'invio tempestivo di tutta la documentazione richiesta dalla stazione appaltante il 5/7/2019.

C. Ricevuto dall'Ente locale l'invito alla sottoscrizione in data 5/11/2019, con *pec* del 13/11/2019 C.R. Costruzioni sottolineava l'inutile decorso del termine di legge e comunicava lo scioglimento dal vincolo di gara.

D. Con comunicazione del 19/11/2019 gravata in questa sede (doc. 1), l'Ente locale contestava il proposito risolutorio, rilevando che:

- il termine di 60 giorni previsto dall'art. 32 comma 8 del D. Lgs. 50/2016 – decorso infruttuosamente il quale l'appaltatore ha il diritto di svincolarsi dal contratto – decorre dalla data di efficacia dell'aggiudicazione, la quale a sua volta presuppone l'accertamento dei requisiti in capo all'appaltatore;
- si è ancora in attesa della documentazione relativa all'antimafia e fin quando essa non perverrà l'aggiudicazione non può dirsi efficace, con la conseguenza che il termine di 60 giorni non può dirsi maturato;
- è fatta salva la possibilità di svincolo per compimento dell'ulteriore termine di 180 giorni dalla data di presentazione dell'offerta (termine allo stato non spirato);
- fino al 4/11/2019 non era comunque pervenuta tutta la documentazione utile per la sottoscrizione del contratto (fideiussione definitiva e polizze

assicurative trasmesse il 15/7/2019, rimborso delle spese di pubblicazioni effettuato il 28/8/2019 e diritti di rogito/segreteria versati in data 4/11/2019), per cui fino a tale giorno l'amministrazione non poteva sottoscrivere il contratto;

- la ricorrente è stata convocata per due volte mediante *pec* (in data 5/11/2019 e 14/11/2019) per sottoscrivere il contratto, ma il suo rappresentante non si è presentato.

Il Comune preannunciava (in caso di reiterato rifiuto alla stipula) la dichiarazione di inadempimento e l'incameramento della cauzione, oltre alla segnalazione ad ANAC.

D.1 Con nota del giorno successivo la ricorrente ribadiva la propria posizione e insisteva per l'intervenuto scioglimento, chiedendo al contempo di contabilizzare e liquidare i lavori medio tempore effettuati.

E. Con l'impugnata nota 22/11/2019 il Comune dichiarava inefficace l'aggiudicazione (riservandosi di accertare e liquidare i lavori realizzati), mentre il 13/12/2019 attivava formalmente il procedimento di escussione della garanzia fideiussoria.

F. Con ricorso ritualmente notificato e tempestivamente depositato a mezzo PAT, l'esponente censura i provvedimenti in epigrafe, deducendo in diritto la violazione e falsa applicazione dell'art. 32 comma 8 del D. Lgs. 50/2016, l'eccesso di potere per carenza dei presupposti, difetto di motivazione, sviamento, lesione del giusto procedimento, illogicità manifesta in quanto:

- la norma invocata prevede il termine di 60 giorni per la stipulazione del contratto, decorrente dall'efficacia dell'aggiudicazione;

- è incontestato che, dopo l'aggiudicazione disposta il 28/6/2019 e malgrado l'immediata produzione dei documenti richiesti (cfr. nota del 15/7/2019), la positiva verifica dei requisiti dichiarati, il decorso del termine sia di *stand still* (35 giorni) sia per la comunicazione e l'informativa antimafia (30 giorni), il contratto non è stato sottoscritto entro la soglia temporale massima stabilita;

- la nota comunale inviata via *pec* il 13/10/2019 prevedeva quale data di stipula il 5/11/2019, ampiamente successiva ai prescritti sessanta giorni successivi all'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione (il relativo atto si è consolidato il 2/8/2019, decorsi 35 giorni dalla determinazione n. 206 del 28/6/19);
- il termine sarebbe comunque spirato anche se si volesse valorizzare la data di pubblicazione della predetta determinazione (11/7/2019);
- la certificazione antimafia non incide sull'efficacia dell'aggiudicazione, dato che i contratti possono essere stipulati sotto condizione risolutiva (cfr. artt. 88 comma 4-bis, 92 comma 3, 97 comma 3 del D. Lgs. 159/2011);
- l'amministrazione è dunque incorsa in un errore plateale, in quanto la verifica antimafia non può costituire elemento ostativo al perfezionamento dell'aggiudicazione e all'elusione dell'obbligo di stipula del contratto entro i termini di legge;
- tra l'altro la nota del 19/11/2019 è contraddittoria, in quanto da un lato dichiara l'aggiudicazione non efficace (e inidonea a far decorrere i termini di sottoscrizione) e dall'altro contiene l'invito a stipulare il contratto;
- come confermato dallo stesso Ente locale, le polizze assicurative sono state prodotte in data 15/7/19 (cfr. nota di trasmissione agli atti), ovvero a distanza di quasi quattro mesi dalla data stabilita per la stipulazione;
- le spese di pubblicazione non incidono né sull'aggiudicazione né sul contratto, salva la possibilità per il Comune di attivare il recupero coattivo in caso di inadempienza (cfr. punto 23.2.3 del disciplinare, pag.49);
- il pagamento delle spese di rogito non condiziona la stipulazione del contratto determinando semplicemente, nel caso di omesso pagamento, il diritto alla ripetizione da parte dell'Ente sul primo saldo all'appaltatore (art. 16-*bis* del RD 1923/2440).

G. Si è costituita in giudizio l'amministrazione intimata, chiedendo la reiezione del gravame.

H. Con motivi aggiunti depositati il 16/1/2020, parte ricorrente impugna la determinazione comunale 29/11/2019 n. 376, di contabilizzazione delle opere eseguite in virtù della consegna anticipata dei lavori del 12/7/2019, deducendo i seguenti profili di censura:

a) Illegittimità derivata dai vizi che affliggono i provvedimenti censurati con il gravame introduttivo;

b) Violazione e falsa applicazione dell'art. 32 comma 8 del D. Lgs. 50/2016, eccesso di potere per carenza dei presupposti, difetto di motivazione, sviamento, lesione del giusto procedimento, illogicità manifesta in quanto:

- l'avvio dei lavori ritenuti indispensabili dall'amministrazione (abbattimento di una porzione di fabbricato) è avvenuto il 12/7/2019, mentre dopo il sopralluogo congiunto del 26/11/2019 e la redazione dello stato di consistenza del 29/11/2019 è stato quantificato il valore delle lavorazioni effettuate;

- lo stato di consistenza è complessivamente di 13.255,84 €, cifra alla quale è stato decurtato il divario dello sconto tra primo e secondo classificato in graduatoria (0,77% da applicare alla base d'asta, per l'ammontare di 9.508,02 € + IVA);

- è stata liquidata la differenza tra i valori sopra esposti pari a 3.747,82 € + IVA 10%, per un totale di 4.122,60 €, oltre al rimborso dei diritti di Segreteria e delle spese di pubblicazione degli esiti di gara;

- il criterio adottato è irrituale e incompatibile con lo scioglimento del vincolo ex art. 32 comma 8 del D. Lgs. 50/2016, dato che il recesso è stato esercitato legittimamente;

- spetta all'impresa il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori e delle opere provvisoriale, e dal prospetto contabile elaborato risulta un credito di 41.104,51 € (compresi diritti di segreteria e gli oneri di pubblicazione, già riconosciuti dalla stazione appaltante);

- IN VIA SUBORDINATA (nel caso di rigetto del ricorso), si contesta comunque la quantificazione dei lavori;

- nella relazione già prodotta al Comune, risulta che l'appaltatore ha effettivamente eseguito lavori per 54.358,34 € (49.769,07 di opere e 4.589,27 di oneri per la sicurezza) oltre ad IVA e rimborso delle spese amministrative sostenute in gara (diritti di segreteria, registrazione e bolli; rimborso spese di pubblicazione; rilascio polizze assicurative), per un totale di 67.692,55 € (salvo gli importi già riconosciuti di 3.159,38 € e 2.928 €).

I. L'esponente chiede in via istruttoria l'espletamento di una CTU che dia contezza dell'effettivo valore delle lavorazioni effettuate.

L. Si è costituito in giudizio il Comune di Castelvoti, eccependo il difetto di giurisdizione sui motivi aggiunti e chiedendo il rigetto del gravame introduttivo.

M. Alla pubblica udienza del 5/2/2020 il gravame introduttivo (integrato dai motivi aggiunti) è stato chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

DIRITTO

La ricorrente censura gli atti con i quali l'intimato Comune ha dichiarato l'inefficacia dell'aggiudicazione addebitando al fatto e alla colpa dell'appaltatore l'omessa sottoscrizione del contratto, e ritenendo invalida la dichiarazione – resa dall'aggiudicatario – di scioglimento dal vincolo di gara. Nei motivi aggiunti, l'esponente si duole della contabilizzazione delle opere eseguite in esito alla consegna anticipata dei lavori.

Il ricorso introduttivo è privo di fondamento.

1. Con determinazione 28/6/2019 n. 206 (doc. 5 atto introduttivo), l'amministrazione ha approvato i verbali di gara e disposto l'aggiudicazione provvisoria alla ricorrente, esplicitamente *“dando atto che l'aggiudicazione diverrà definitiva ed efficace dopo l'esito positivo degli accertamenti circa il possesso dei requisiti previsti dalla vigente normativa e dai documenti disciplinanti la gara”*.

1.1 Con nota 19/11/2019 (doc. 1), l'Ente locale ha sottolineato che la fidejussione definitiva e le polizze assicurative sono state trasmesse il 15/7/2019, il rimborso delle spese per le pubblicazioni è stato effettuato il 28/8/2019 e il versamento dei diritti di rogito/segreteria è avvenuto il

4/11/2019 (i fatti predetti sono incontrovertibili). Nell'anzidetta *pec*, l'amministrazione ha sostenuto che *“Allo stato si è in attesa della documentazione relativa alla antimafia e fin quando essa non perverrà l'aggiudicazione non può dirsi efficace, con la conseguenza che non è maturato il termine di giorni 60 di cui al comma 8 dell'art. 32”*;

2. Osserva il Collegio che, ai sensi dell'art. 91 del D. Lgs. 159/2011, *“I soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, devono acquisire l'informazione di cui all'articolo 84, comma 3, prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti ...”*. A sua volta, l'art. 32 del D. Lgs. 50/2016 statuisce al comma 4 che *“l'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine”*; al comma 8 dispone che *“Divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto”*.

Il testo riproduce pressoché integralmente la previsione di cui al previgente art. 11 comma 9 del D. Lgs. 163/2006.

2.1 Le ipotesi per lo scioglimento del vincolo contrattuale sono quindi due, ossia il decorso del termine di 180 giorni di efficacia dell'offerta e il decorso del termine di 60 giorni dall'aggiudicazione (per la stipula del contratto).

3. Il secondo termine (di 60 giorni) è di tipo ordinatorio-acceleratorio, dettato nell'interesse dell'aggiudicatario (e, più in generale, della certezza dei rapporti giuridici ed economici), il cui spirare fa venir meno l'irrevocabilità dell'offerta presentata in gara dall'impresa, che può allora sciogliersi da ogni vincolo (Consiglio di Stato, sez. V – 5/12/2012 n. 6241, secondo il quale *“... ne discende*

l'onere per la Stazione appaltante di addivenire tempestivamente alla stipula del contratto, pena l'affrancamento della controparte”).

4. Ai sensi dell'art. 32 comma 7 del D. Lgs. 50/2016 *“L'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti”*. Detta verifica non si pone all'interno della procedura di gara ma si colloca all'esterno di essa, nella fase integrativa dell'efficacia, venendo appunto a costituire condizione di efficacia dell'aggiudicazione e non di validità di quest'ultima (T.A.R. Basilicata – 17/5/2019 n. 433 che ha aggiunto che *“In tal senso, dal combinato disposto dei commi 6 e 7 dell'art. 32 del Codice, emerge chiaramente che l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta, e che la stessa diventa efficace soltanto dopo la verifica del possesso dei requisiti prescritti”*).

4.1 Nella vigenza del D. Lgs. 50/2016 non è possibile parlare di aggiudicazione provvisoria o definitiva, dato che vi è una sola aggiudicazione disposta dalla stazione appaltante rispetto ad una proposta pervenuta alla stessa da parte della Commissione aggiudicatrice. Come sottolineato da T.A.R. Puglia Lecce, sez. III – 22/7/2019 n. 1329, la necessità di accelerare al massimo la definizione dei contenziosi in materia di appalti e le esigenze di certezza delle situazioni giuridiche, hanno comportato che l'art. 32 del D. Lgs. 50/2016 ha del tutto eliminato la tradizionale categoria della “aggiudicazione provvisoria”, distinguendo solo tra la “proposta di aggiudicazione” – che è quella adottata dal seggio di gara ai sensi dell'art. 32 comma 5 – e la “aggiudicazione” tout court, che è il provvedimento conclusivo che diventa efficace dopo la verifica del possesso dei requisiti di cui all'art. 33 comma 1.

5. Nella fattispecie, non vi sono atti che hanno dichiarato l'efficacia dell'aggiudicazione, né si sono concluse le verifiche cd. antimafia, tenuto conto che il loro esito positivo è preliminare e prodromico alla stipulazione del contratto. Di conseguenza, il termine per addivenire alla stipulazione non era spirato nel momento in cui la ricorrente ha manifestato la volontà di sciogliersi dal vincolo, perché i sessanta giorni previsti *ex lege* per la sottoscrizione del contratto decorrono dalla data dell'atto conclusivo del sub-

procedimento di verifica dei requisiti prescritti (che presuppone l'espletamento positivo dei controlli antimafia).

5.1. Né può essere invocata l'applicazione delle disposizioni derogatorie di cui al D. Lgs. 159/2011, le quali stabiliscono una semplice facoltà il cui esercizio è rimesso alla valutazione discrezionale dell'amministrazione procedente.

5.2 Dispone l'art. 92 comma 3 rubricato *“Termini per il rilascio delle informazioni”* che *“Decorso il termine di cui al comma 2, primo periodo [trenta giorni dalla data della consultazione prefettizia], ovvero, nei casi di urgenza, immediatamente, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, procedono anche in assenza dell'informazione antimafia. I contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui all'articolo 67 sono corrisposti sotto condizione risolutiva e i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite”*. Ai sensi dell'art. 88 comma 4-bis rubricato *“Termini per il rilascio delle comunicazioni antimafia”*, *“Decorso il termine di cui al comma 4 [trenta giorni dalla data della consultazione prefettizia], i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, procedono anche in assenza della comunicazione antimafia, previa acquisizione dell'autocertificazione di cui all'articolo 89. In tale caso, i contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui all'articolo 67 sono corrisposti sotto condizione risolutiva ...”*.

5.3 Dal tenore letterale delle disposizioni enunciate (cfr. uso della locuzione “anche”) si evince l'assenza di un automatismo al compimento del termine stabilito per l'informativa e la comunicazione antimafia. Sia nei casi ordinari, sia nelle situazioni di urgenza, ogni determinazione è rimessa al prudente apprezzamento della stazione appaltante. La delicatezza degli valori in conflitto (interesse alla sollecita esecuzione delle opere, forniture e servizi di natura collettiva e all'espulsione dal mercato delle commesse pubbliche di imprese colluse con ambienti criminali) esige una ponderazione comparativa rimessa alla pubblica amministrazione. Al di fuori di questa opzione, il possesso della certificazione antimafia costituisce un indubbio requisito di

partecipazione, e soltanto la sua positiva verifica rende l'aggiudicazione disposta "efficace".

5.4 In definitiva, la manifestazione della volontà di recedere dal vincolo assunto non poteva essere legittimamente esercitata, poiché il termine stabilito dall'art. 50 comma 8 del Codice dei contratti non aveva ancora iniziato a decorrere.

5.5 Non è meritevole di apprezzamento neppure la censura di contraddittorietà della condotta del Comune. L'invito a stipulare il contratto, infatti, ben può inquadrarsi nella facoltà di procedere "sotto condizione" ai sensi della normativa richiamata, che rimette come già detto ogni iniziativa all'Ente procedente.

6. Deve essere dichiarato il difetto di giurisdizione sui motivi aggiunti.

6.1 Ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. e) punto 1. Cpa sono devolute alla cognizione del giudice amministrativo le controversie *"relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative"*.

6.2 Posto che la consegna anticipata del servizio per ragioni d'urgenza è un rapporto giuridico autonomo e distinto dal contratto vero e proprio, nella recente sentenza 17/10/2019 n. 245 il T.A.R. Abruzzo Pescara ha dato conto dell'indirizzo della Corte di Cassazione (cfr. sez. unite civili – ordinanza 5/10/2018 n. 24411) rispetto alle procedure di evidenza pubblica, ai fini dell'individuazione del giudice dotato di giurisdizione nella materia: sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 del cod. proc. amm., sulle controversie relative alla sola fase procedimentale, cioè dall'inizio della procedura sino all'aggiudicazione definitiva, mentre quanto alla situazione successiva all'efficacia

dell'aggiudicazione definitiva, e prima del sopravvenire dell'efficacia della conclusione del contratto (ivi compresa la sua anticipata esecuzione), vige il normale criterio di riparto imperniato sulla distinzione fra interesse legittimo e diritto soggettivo.

6.3 Qualora, tra l'adozione del provvedimento di aggiudicazione e la stipulazione, intervenga la c.d. "esecuzione anticipata" – di solito giustificata da ragioni di urgenza – l'instaurazione di un rapporto contrattuale prefigura, sia pure in termini di anticipazione rispetto alle ordinarie scansioni temporali, una fase "propriamente esecutiva", che deve considerarsi rimessa alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto le relative vicende si strutturano in termini di adempimento delle obbligazioni contrattuali e di responsabilità conseguente al loro inadempimento (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II – 8/11/2019 n. 2574, per il quale in tal caso *"non viene in considerazione l'esercizio di prerogative pubblicistiche da parte della stazione appaltante, ma una controversia che, avuto riguardo alla matrice negoziale dell'esecuzione anticipata e, quindi, alle posizioni paritetiche assunte dalle parti, coinvolge non già violazioni di regole dell'azione amministrativa, bensì diritti soggettivi inerenti a un rapporto di natura privatistica, riservato alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario"*).

6.4 In definitiva, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui contratti pubblici comprende le sole controversie relative al corretto svolgimento della procedura di selezione del contraente pubblico – ancorché insorte a seguito di un intervento di autotutela della stazione appaltante successivo alla stipula – *"mentre quelle che hanno a oggetto la (corretta o meno) esecuzione del rapporto rientrano nella giurisdizione ordinaria; pertanto, ove l'impresa appaltatrice dia anticipatamente avvio alla prestazione nelle more della stipula del contratto, allorché si discuta dell'inadempimento di quest'ultima nell'esecuzione anticipata e della risoluzione del rapporto o di questioni risarcitorie connesse a inadempienze riguardanti l'esecuzione dei lavori, siffatta controversia - essendo estranea alla tematica dell'aggiudicazione, ovvero del procedimento attraverso il quale la pubblica amministrazione sceglie il proprio contraente - appartiene alla cognizione del giudice ordinario riguardando*

l'esecuzione del rapporto" (T.A.R. Campania Napoli, sez. II – 16/11/2019 n. 5395 e l'ampia giurisprudenza citata).

6.5 Anche T.A.R. Liguria – 16/11/2019 n. 861 ha sottolineato come, in materia di appalti pubblici, *“La Suprema Corte, d'altronde, ha precisato, anche di recente, che ai fini del radicamento della giurisdizione del giudice ordinario non è indispensabile la stipula del contratto tra amministrazione aggiudicatrice e appaltatrice, essendo a tal fine sufficiente che il contratto abbia avuto un principio di esecuzione (Cass., S.U., n. 6068 del 2009, che ha ritenuto idonea la consegna dei lavori; Cass. sez. un., 25/05/2018, n.13191)”*.

7. In conclusione, i motivi aggiunti devono essere dichiarati inammissibili per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, con contestuale declaratoria della giurisdizione del giudice ordinario, dinanzi al quale il giudizio potrà essere riassunto, nei termini e per gli effetti di cui all'art. 11 del Codice del processo amministrativo.

8. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe:

- respinge il gravame introduttivo;
- dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sui motivi aggiunti, rientrando gli stessi nell'ambito di giurisdizione del giudice ordinario.

Termini di legge per la riassunzione dinanzi all'A.G.O.

Condanna parte ricorrente a corrispondere all'amministrazione resistente la somma di 4.000 € a titolo di compenso per la difesa tecnica, oltre a oneri di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

La presente sentenza è depositata in forma telematica, e la Segreteria della Sezione provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 5 febbraio 2020

con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

Alessio Falferi, Consigliere

L'ESTENSORE

Stefano Tenca

IL PRESIDENTE

Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO